

Les Cahiers de droit



Depuis un siècle et demi, le développement du droit a-t-il permis un progrès de la justice ?

Basile Chiasson

Volume 42, numéro 3, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043650ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043650ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Chiasson, B. (2001). Depuis un siècle et demi, le développement du droit a-t-il permis un progrès de la justice ? *Les Cahiers de droit*, 42(3), 407–437.
<https://doi.org/10.7202/043650ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2001

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Depuis un siècle et demi, le développement du droit a-t-il permis un progrès de la justice ?

Basile CHIASSON*

	<i>Pages</i>
1 Les systèmes de droit, la justice et le rôle de l'avocat francophone de common law	410
1.1 Quels systèmes de droit ?	410
1.1.1 Le régime fédéral canadien	410
1.1.2 Les régimes provinciaux de common law	411
1.1.3 Le régime particulier du Québec	412
1.2 Quelle justice ?	412
1.2.1 La justice sociale ou la justice au sens noble du terme ?	412
1.2.2 La justice et l'équité (ou l'équité et l' <i>equity</i>)	413
1.2.3 La common law et le droit civil	413
1.3 Le droit individuel et le droit collectif ainsi que le rôle de l'avocat francophone de common law	414
1.3.1 La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> et l'épanouissement de la personne	414
1.3.1.1 L'article 15	414
1.3.1.2 Les articles 16, 20 et 23	415
1.3.2 Le droit des peuples à l'autodétermination et le droit canadien	418
1.3.3 L'épanouissement des communautés francophones et acadienne du Canada	419
1.3.4 L'État et la personne : David prenant la mesure de Goliath	421
1.3.4.1 L'aide juridique à la défense des moins nantis	421
1.4 Les avocats et les juristes : le rôle de l'avocat francophone de common law	423

* Président, Fédération des associations de juristes d'expression française de common law.

1.4.1	Les professionnels de la pratique du droit	423
1.4.2.1	La grande famille du droit	424
1.4.2.2	Le rôle des universitaires	424
1.4.2.3	La complémentarité des rôles dans la recherche de la justice	424
1.5	L'avocat et les autres professions	425
1.6	L'avocat dans la société	425
1.6.1	La mondialisation versus la résurgence des nationalismes et le développement des peuples	425
1.6.2	L'uniformisation et l'éducation versus la pauvreté et la déchéance individuelle	426
2	Les convergences ou les divergences du droit et de la justice : le rôle de l'avocat francophone de common law dans les préoccupations de fond	426
2.1	La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> : outil fondamental de changement social	426
2.2	La marginalisation croissante de la common law en faveur d'une source nouvelle de droit : le régime statutaire	427
2.3	L'édification d'un régime juridique parallèle : le droit administratif	428
2.3.1	La théorie de la déférence judiciaire	428
2.3.2	La théorie des attentes légitimes	428
2.4	La complexification des causes d'action et des recours : Malbrough s'en va-t-en guerre !	429
2.5	La spécialisation des avocats et la recherche des solutions	429
2.6	Le phénomène nouveau du droit préventif	429
2.6.1	Un phénomène nouveau	429
2.7	Des mécanismes différents de règlement des conflits	430
3	La convergence ou la divergence du droit et de la justice : le rôle de l'avocat francophone de common law relativement aux questions de forme	430
3.1	L'escalade du coût de la justice	430
3.2	Le processus	431
3.3	Le résultat juridique et le rôle des avocats : une responsabilité sociale	432
3.4	Les honoraires professionnels : la pratique du droit et la vente de services	434
3.5	L'univers cybernétique et le droit	435
3.5.1	La démocratisation de l'information juridique	435
3.5.2	L'uniformisation croissante des résultats	435
3.5.3	La transmission électronique de documents	435
3.6	La complexité des actes de procédure et l'avocat	436
4	Quand demain viendra : des perspectives d'avenir	436
4.1	La mondialisation des marchés	436
4.2	L'influence accrue des cabinets comptables	436
	Conclusion	436

Le 150^e anniversaire de la création du système judiciaire et d'ordres professionnels dédiés à la pratique du droit au Québec marque la réussite d'un grand projet collectif.

Cette action au cœur même de l'affirmation de l'identité nationale du peuple québécois lui a permis de créer une culture juridique francophone originale en Amérique du Nord. Le président du Forum international des juristes francophones, M^e Alain Prujiner, notait dans le programme provisoire que les juristes québécois, placés aux confluent du droit civil et de la common law, ont dû créer des modes de pensée capables de marier les démarches intellectuelles et les concepts de ces deux systèmes. Quel défi, mais aussi quel succès !

L'indépendance d'esprit et la force de caractère des juristes québécois leur ont permis d'établir solidement les assises d'une société libre et démocratique malgré les difficultés inhérentes à la géographie du continent nord-américain et de sa composition linguistique. Même les plus déchirants débats comme ceux qui entourent l'indépendance du Québec peuvent se faire sans que l'agonie vécue ailleurs dans le monde sur des questions semblables nous soit imposée. Affirmer l'existence d'une tradition de droit civil au Québec, c'est affirmer l'existence d'un État libre et démocratique, membre à part entière de la fédération canadienne.

L'invitation lancée aux participants au Forum international des juristes francophones constitue une célébration de la vigueur et de la pérennité de l'identité québécoise. Cette dernière joue le rôle d'un phare qui guide les juristes francophones au Canada et ailleurs, même dans les moments les plus sombres.

Ce forum invite à un exercice de réflexion sur le développement du droit à partir de la perspective de la justice. Les organisateurs ont énoncé comme postulat que la place du droit dans la société moderne est beaucoup plus importante qu'au siècle dernier. Cela soulève des questions fondamentales : le développement du droit a-t-il permis d'obtenir une meilleure justice ? La multiplication des règles juridiques a-t-elle donné plus d'équité dans la société ? Plus de droit a-t-il permis plus de justice ?

Ce sont là des questions extrêmement intéressantes qui posent le problème de l'équation du droit et de la justice. S'agit-il en fait de synonymes ?

Les organisateurs du forum nous ont invité comme avocat francophone de common law au Canada pour exposer l'évolution de notre pratique ainsi que l'effet de cette évolution sur l'amélioration de la justice.

Nous souhaitons que nos quelques réflexions apportent un éclairage utile aux questions de justice et de droit dans le contexte de l'évolution du

rôle des avocats dans la quête constante de la justice. En fait, si la justice constitue une fin en soi, le droit n'est-il pas le moyen de l'atteindre ?

1 Les systèmes de droit, la justice et le rôle de l'avocat francophone de common law

1.1 Quels systèmes de droit ?

Le système juridique de la common law est caractérisé par une approche très réaliste qui s'inspire du positivisme.

La common law a toujours eu le souci d'édifier des règles de droit pour répondre à des besoins ponctuels de la société. La common law est, avant tout, une méthode basée sur l'expérience et qui est caractérisée par un système de justice civile ancré dans la règle fondamentale du précédant. L'avocat francophone de common law doit évoluer dans cet univers juridique.

Une des grandes particularités de la common law — civile et criminelle — repose sur le caractère passif du rôle des cours de justice.

Contrairement à l'institution du juge d'instruction typique du droit continental européen, les cours de common law ne peuvent se saisir d'elles-mêmes d'une question d'intérêt public ou privé. Elles ne peuvent intervenir que dans la seule mesure où un demandeur au niveau civil ou la Couronne au niveau pénal dépose un acte introductif d'instance ou un acte d'accusation, selon le cas.

Traditionnellement, au civil, le contrôle de la procédure échappe généralement à l'empire des cours, sauf si une des parties dans le processus judiciaire dépose une motion ou une requête.

Le juriste averti aura vite compris que, dans un tel système juridique, l'avocat prend une dimension essentielle. Il peut donc jouer un rôle fondamental dans l'évolution des règles de droit. Nous vivons dans un État caractérisé par la primauté du droit. Une des conséquences inéluctables du rôle de l'avocat de common law est de permettre la convergence graduelle du droit et de la justice.

1.1.1 Le régime fédéral canadien

Les tribunaux judiciaires canadiens forment une hiérarchie structurée constituée par une série ascendante de pouvoir. Cette structure permet au justiciable d'interjeter appel des décisions des cours de première instance devant une cour supérieure jusqu'à la plus haute cour d'appel, la Cour suprême du Canada.

En marge du pouvoir fédéral de constituer des cours de justice à vocation particulière comme la Cour canadienne de l'impôt ou la Cour fédérale, les provinces ont la charge de l'administration de la justice en vertu des dispositions pertinentes de la Constitution canadienne.

Il y a donc un régime fédéral qui est source de droit statutaire applicable à l'ensemble du territoire canadien sans égard aux juridictions provinciales. Par conséquent, le fédéral peut ainsi promulguer valablement un code pénal national ou une loi relative à l'impôt sur le revenu.

L'avocat de common law au Canada doit littéralement « orbiter » entre le système de justice provinciale particulier où il réside et le régime de droit fédéral. Il s'agit de deux univers juridiques parallèles, mais ultimement complémentaires.

Le rôle de l'avocat de common law est donc *a priori* un rôle d'éducateur et de vulgarisateur à l'égard de sa clientèle. Il agit également de façon paradoxale comme agent de changement social mais aussi comme agent de l'ordre établi. Cela résulte nécessairement de la mise en place de mécanismes de société favorisant le maintien de l'ordre plutôt que des mesures révolutionnaires. Ce qui explique sans doute en grande partie l'apparente passivité des organismes d'accréditation professionnelle qui ne sont pas versés dans la revendication.

Cela dit, même dans un État où la primauté du droit est la caractéristique essentielle des rapports de force, à l'occasion, l'avocat ébranle les fondations mêmes de l'État dans sa recherche de la justice. Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire *Forest*¹ où les avocats de l'appelant ont réussi à convaincre la Cour suprême du Canada d'invalidier le régime statutaire complet de la province du Manitoba. Il a fallu que la Cour innove pour éviter comme résultat ultime de la primauté du droit qu'en résulte le chaos. Le tout a créé un paradoxe saisissant qui pourrait alimenter beaucoup de débats chez les philosophes du droit.

1.1.2 Les régimes provinciaux de common law

Les provinces canadiennes ont la charge constitutionnelle de la justice civile. Il y a donc actuellement dix systèmes de justice provinciale différents, sans compter, bien sûr, le cas particulier des systèmes mis en place dans les territoires.

De plus, chaque province a le pouvoir constitutionnel d'être la source d'un régime de droit statutaire qui lui est particulier. Conséquemment,

1. *P.G. du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

l'avocat ne peut exercer convenablement sa profession et jouer le rôle social qui est le sien en ignorant les caractéristiques propres au système juridique provincial à l'intérieur duquel il doit fonctionner. Cette façon de faire a une incidence très significative sur l'avocat qui veut faire valoir les droits d'un client ou réclamer une réparation pour un préjudice subi par celui-ci.

1.1.3 Le régime particulier du Québec

Le régime juridique québécois est remarquable à bien des égards. Sa caractéristique fondamentale est le fait que les règles de droit qui régissent la société civile québécoise sont fondées sur un code civil modelé sur le régime juridique de la France.

Ce régime juridique de droit qui ne s'applique qu'au Québec n'est cependant pas fermé aux influences des autres régimes juridiques qui le voient géographiquement, tant américains que canadiens. Encore là, le rôle de l'avocat de common law a pris un essor remarquable à l'époque du modernisme au regard de l'augmentation des échanges commerciaux entre le Québec, les provinces de common law et les États-Unis.

1.2 Quelle justice ?

Il faut déterminer le sens à donner au terme « justice ». En fait, tous les juristes s'accordent pour constater qu'à l'occasion l'obtention d'un résultat juridiquement correct peut déboucher sur une injustice au sens large du terme.

1.2.1 La justice sociale ou la justice au sens noble du terme ?

De quelle justice faut-il parler ?

Le droit doit-il être à la recherche d'un objectif devant se définir dans l'idéal comme débouchant sur la justice ? La common law, particulièrement dans le contexte de l'indemnisation des victimes d'un acte délictuel, a été déjà analysée comme un ensemble de mécanismes permettant le transfert ou l'allocation du fardeau économique que représente le coût engendré par un acte délictuel à une personne ou à une corporation quelconque. Est-ce cela la justice ?

S'agit-il d'une justice sociale ou, au sens naïf du terme, d'une justice où le droit devra distinguer, pour atteindre ses objets les plus profonds, entre le Bien et le Mal ? L'État régi par la règle de droit peut-il, en affirmant la primauté du droit, prétendre que cela constitue en soi la justice ?

1.2.2 La justice et l'équité (ou l'équité et l'*equity*)

Le thème du forum portant sur l'atteinte d'une plus grande justice par le droit suppose également une définition de la « justice » au regard de sa dimension équitable.

Il faut discerner ce que signifient des considérations équitables. Pour le juriste de common law, l'*equity* n'a pas le même sens que l'équité dans les autres systèmes de droit. Les raisons historiques qui sous-tendent cette nuance sont importantes à comprendre pour bien saisir la divergence sur le sens à donner au terme.

La notion d'*equity* en common law découle de la constatation au Moyen Âge de l'injustice qui résultait de l'application de la common law. Elle était alors un droit très formaliste où une fin de non-recevoir pouvait être posée à une demande légitime sur le fond si le mauvais recours était invoqué. Les cours de justice et plus tard les législateurs dans les régimes de common law ont dû constituer une source parallèle de droit jurisprudentiel fondé sur la notion d'*equity* en opposition à la common law.

L'équité en droit continental européen et ailleurs en droit civil appelle à des notions et à des postulats juridiques qui tirent leur origine du droit romain. Ces postulats s'inspirent de valeurs et de principes qui se fondent sur une culture juridique différente. Cette notion est donc importante à saisir selon qu'une affaire est entre les mains d'un juriste de common law ou d'un juriste de droit civil dans le contexte de la notion de justice.

1.2.3 La common law et le droit civil

Le droit civil et la common law sont deux systèmes juridiques différents. Cependant, leur voisinage géographique entraîne des courants d'influence mutuelle qui causent un certain échange de plusieurs principes fondamentaux.

Au Canada, cette tendance est d'autant plus accentuée que la plus haute cour du pays est habilitée à entendre des causes en matière civile en provenance de la Cour d'appel du Québec ou des cours d'appel des provinces de common law.

Trois des neuf juges de la Cour suprême du Canada sont des juges de formation de droit civil. Ils entendent de façon indistincte concernant les causes en appel qui viennent autant des provinces de common law que de la Cour d'appel du Québec. Le plus haut tribunal du pays constitue donc le forum juridique ultime où, comme à l'embouchure de deux grands fleuves, leurs eaux se rencontrent. Cette jonction entraîne inévitablement une influence mutuelle des deux régimes de droit qui contribuent à les enrichir des principes et des postulats juridiques de l'autre système.

1.3 Le droit individuel et le droit collectif ainsi que le rôle de l'avocat francophone de common law

1.3.1 La Charte canadienne des droits et libertés et l'épanouissement de la personne

1.3.1.1 L'article 15

L'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 a exacerbé de façon fondamentale le rôle de l'avocat de common law. Pour des raisons historiques profondes, le rôle de l'avocat francophone de common law a été davantage accru par une nouvelle voie de droits particuliers : les droits linguistiques.

Cependant, l'article 15 qui érige en valeur constitutionnelle le principe égalitaire est la clé de voûte de la Charte.

Le rôle de l'avocat peut mieux se comprendre à la lumière des réflexions de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vriend c. Alberta*². Le juge Cory, pour la majorité de la Cour suprême, déclarait ceci :

Les droits garantis par le par. 15 (1) de la Charte sont fondamentaux pour le Canada. Ils reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne... Pour qu'il y ait égalité, la valeur et l'importance intrinsèque de chaque individu doivent être reconnues sans égard à l'âge, au sexe, à la couleur, aux origines ou à d'autres caractéristiques de la personne. Cette reconnaissance devrait alors susciter chez tous les Canadiens un sentiment de dignité et de valorisation tout en leur inspirant la plus grande fierté et la satisfaction d'appartenir à une grande nation.

Le principe égalitaire est donc défini en termes larges. Nous avons dès lors l'obligation, chaque fois que les faits qui nous sont présentés le justifient, de faire valoir ce principe égalitaire comme règle fondamentale de notre société libre et démocratique.

Cette obligation se traduit tangiblement par la présentation d'arguments en cour en vue d'imposer à l'État l'obligation de reconnaître des droits particuliers à un citoyen.

L'article 15 pose le défi de la reconnaissance de la dignité humaine et de l'égalité réelle pour le prochain millénaire. Le principe égalitaire est porteur d'une tendance judiciaire conduisant vers une conjonction de plus en plus grande de la justice et du droit. Encore faudra-t-il que les avocats amènent en justice les causes permettant l'affirmation du principe égalitaire lorsque les faits le justifieront.

2. *Vriend c. Alberta*, [1998] A.C.S. No. 29, para. 67.

1.3.1.2 Les articles 16, 20 et 23³

L'avocat de common law aura un rôle capital à jouer au cours des années à venir dans le contexte des articles 16, 20 et 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Traiter de ces articles entraîne une discussion relativement aux droits linguistiques au Canada.

Le rôle de l'avocat de common law est essentiel dans le contexte linguistique. Les garanties linguistiques constitutionnelles protégées par ces articles sont le prolongement des autres dispositions de la Constitution relatives à l'usage des deux langues officielles au pays, des dispositions de la *Loi sur les langues officielles* et de la jurisprudence pertinente.

Le rôle de l'avocat de common law est fondamental dans la promotion des droits linguistiques enchâssés dans les articles 16, 20 et 23 de la Charte, car, en matière de langues officielles au Canada, le pouvoir de légiférer ne relève pas d'une seule juridiction. Ce pouvoir législatif est partagé entre le Parlement et les législatures ainsi que l'Assemblée nationale du Québec. Il est en fait accessoire à l'exercice d'une compétence fédérale ou provinciale.

Par ailleurs, la Constitution canadienne comprend des garanties constitutionnelles relatives à l'usage du français et de l'anglais qui faisaient partie du texte constitutionnel avant l'adoption des articles 16 et 23 de la Charte, comme l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la loi de 1970 sur le Manitoba.

L'article 16 de la Charte est une disposition charnière. Elle consacre le principe d'égalité des deux langues officielles au Canada. C'est en fonction de cette disposition que les tribunaux interprètent les garanties constitutionnelles et législatives relatives à l'usage du français et de l'anglais.

Le rôle de l'avocat dans l'articulation du principe d'égalité réelle visé par l'article 16 sera fondamental dans la recherche constante de la justice dans l'exercice du droit. Dans l'optique des droits linguistiques, la justice au Canada signifie fondamentalement qu'un justiciable membre d'une communauté minoritaire de langue officielle peut s'exprimer et être compris dans sa langue et s'épanouir ainsi.

La détermination de la portée réelle de l'article 16 reste encore à établir. Pour l'avocat de common law dans la quête constante de justice et

3. La section 1.3.1.2 s'inspire en grande partie d'un texte préparé par M^e Richard Tardif, conseiller juridique principal du commissaire aux langues officielles du Canada pour l'assemblée générale annuelle de 1999 du Programme de contestation judiciaire.

de droit, il s'agira de faire la démonstration de la nature exécutoire plutôt que déclaratoire de l'article 16. La distinction est importante dans la mesure où les effets sont différents. Ainsi, une loi fédérale pourra-t-elle être déclarée inconstitutionnelle du simple fait qu'elle est contraire au principe d'égalité des deux langues officielles ? Cette question avait été soulevée dans l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness of Education*⁴ qui mettait en cause l'article 19 de la Charte, mais elle n'a pas été tranchée.

Le législateur, dans sa sagesse, en promulguant l'article 16, y a inclus un principe de croissance ou de développement, une progression vers un objectif ultime. Le principe d'égalité sur lequel se fonde l'article 16 est un principe d'égalité réelle significative. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures pour leur mise en œuvre et créent en conséquence des obligations pour l'État.

C'est là où réside le moteur de l'article 16 comme créateur et porteur d'une plus grande justice en ce qu'il est maintenant interprété comme imposant à l'État des obligations positives.

Considérant que l'avocat de common law a l'initiative des causes dont il peut saisir les tribunaux, d'aucuns reconnaîtront que toute cette dimension a le potentiel d'entraîner plusieurs recours en justice dans la quête constante de l'idéal poursuivi par le droit.

La compréhension de l'article 16 est fondamentale pour saisir l'importance grandissante du rôle de l'avocat de common law dans le contexte des causes à caractère linguistique. L'article 16 porte également un principe fondamental de croissance qui permettra aux cours de justice de jouer un rôle essentiel dans l'atteinte de l'objectif de l'égalité réelle du bilinguisme au niveau fédéral et, en particulier, au Nouveau-Brunswick. L'avocat de common law pourra alors tenter de conduire la Cour à jauger la conformité des dispositions linguistiques et réglementaires en cause en tenant compte de l'évolution de la société canadienne vers le bilinguisme et de la situation des communautés minoritaires de langues officielles.

Enfin, notons que les expressions « institution du Parlement » et « gouvernement du Canada » dans le contexte de l'article 16 (1) de la Charte restent à être définies. Ainsi, éventuellement, il faut anticiper que les avocats de common law saisiront une cour de justice de la question à savoir si ces expressions englobent des institutions des gouvernements territoriaux du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut.

4. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549.

Par ailleurs, l'article 20 de la Charte est d'une disposition innovatrice relativement à l'usage du français et de l'anglais. Cet article donne au public le droit d'employer le français ou l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions fédérales ou pour en recevoir des services. Les mêmes droits s'appliquent au bureau des institutions fédérales à l'égard desquelles il existe une demande importante ou encore là où la vocation du bureau le justifie. Ces deux notions ne sont pas encore définies. L'article 20 (2) de la Charte énonce que ce droit est également applicable à l'égard de tout bureau des institutions de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

La jurisprudence a été relativement absente jusqu'à présent sur le sens et la portée de l'article 20. La Cour suprême du Canada n'a pas encore eu l'occasion de définir certaines notions clés de l'article 20 de la Charte. Par exemple, que faut-il entendre par la notion de « public » ? Inclut-elle les personnes morales, les groupes et les associations ? La notion de « bureau » peut-elle comprendre, par ricochet, une voiture auto-patrouille de la Gendarmerie royale du Canada ? Que signifient les expressions « demande importante » et « vocation du bureau » ? Toutes ces questions sont au cœur d'une affaire qui est déjà devant la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse et qui constitue un exemple frappant du rôle essentiel que doit jouer l'avocat de common law dans la quête de la justice.

Par ailleurs, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité enchâssé dans l'article 23 de la Charte est fondamental pour ceux et celles qui ont à cœur à la fois la justice et le droit dans le contexte des communautés minoritaires des langues officielles.

L'article 23 garantit aux parents citoyens canadiens le droit de faire instruire leur enfant au primaire et au secondaire dans la langue de la minorité partout au Canada, sauf pour le Québec, bien sûr, suivant plusieurs critères qui y sont énoncés.

À vrai dire, l'article 23 est un code complet, une source unique de droit à l'instruction dans la langue de la minorité. C'est une disposition qui accorde un statut spécial, des droits en particulier à un groupe sans égard à l'article 15 de la Charte.

L'article 23 de la Charte est à nouveau au cœur des grands débats judiciaires. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Arsenault-Cameron*⁵, déterminera bientôt si l'article 23 (3) a) de la Charte doit être interprété comme signifiant que, lorsque le nombre d'enfants visés justifie la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité dans une région donnée,

5. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3 (C.S. C.).

ce droit comprend automatiquement le droit à l'instruction dans un établissement d'enseignement situé dans cette région. La solution de rechange à cette thèse, bien sûr, est de savoir si le recours à la méthode de l'échelle variable autorise la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité dans un établissement situé à l'extérieur de la région où le nombre d'enfants justifie la prestation de ce service.

Une révision de la jurisprudence relative aux articles 16, 20 et 23 de la Charte permet de constater l'évolution rapide des droits linguistiques depuis la proclamation de la Charte en 1982. La jurisprudence a clairement souligné l'importante portée nationale des questions liées à ces droits tout en mettant en relief leur caractère dynamique et progressif. De plus en plus, la progression vers l'égalité des deux langues officielles se trouve au cœur même du vouloir-vivre collectif. Tant que l'action judiciaire demeurera essentielle à l'affirmation des droits linguistiques et des droits individuels, le rôle de l'avocat de common law sera toujours fondamental par rapport à leur affirmation.

1.3.2 Le droit des peuples à l'autodétermination et le droit canadien

Le rôle de l'avocat de common law prend toute sa mesure dans le contexte des grands débats de société qui animent la vie politique au Canada et au Québec depuis les années 70.

Poser la problématique de l'autodétermination des peuples dans le contexte du thème du présent forum requiert de tenter de déterminer si l'autodétermination du peuple québécois fait partie de l'idéal de justice que le droit devrait poursuivre. Sans porter de jugement de valeur sur le mérite du projet souverainiste, la Cour suprême du Canada a déjà eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet récemment dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁶.

Selon la Cour, la Constitution est plus qu'un texte écrit qui englobe tout le système des règles et des principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Les principes sous-jacents qui animent l'ensemble de la Constitution canadienne, le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme, la primauté du droit et le respect des minorités doivent guider l'appréciation globale des droits et obligations constitutionnelles qui entendraient en jeu si une majorité claire de Québécois en réponse à une question claire votait pour la sécession.

6. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs constaté que, à l'intérieur du régime politique canadien, la population du Québec est un peuple, mais qui n'est pas de ceux qui sont gouvernés comme partie d'un empire colonial. En ce sens, la Cour suprême du Canada a clairement établi que, quoique rien n'empêche le peuple québécois de continuer sa marche vers son destin, quel qu'il puisse être, cette marche devait se faire à l'intérieur de paramètres exigeant l'engagement actif des acteurs politiques.

Bien plus qu'un simple exercice legaliste, la marche du peuple québécois devra être encadrée par des jalons imposant aux dirigeants politiques l'obligation de négocier. En ce sens, justice et droit seront encore l'apanage des avocats de common law et de leurs collègues québécois dans un débat où, en toile de fond, la primauté du droit constituera toujours l'idéal à maintenir.

1.3.3 L'épanouissement des communautés francophones et acadienne du Canada

À l'aube du nouveau millénaire, la Cour suprême du Canada a marqué le début d'une évolution plus dynamique en ce qui touche l'interprétation des droits linguistiques au Canada dans l'affaire *Beaulac c. La Reine*⁷.

Dans cette récente décision, la Cour a affirmé que l'interprétation des droits linguistiques au Canada doit considérer la nature et l'objet des garanties constitutionnelles en matière de droits linguistiques qui ont été traduites dans des mesures d'ordre législatif prises par le Parlement.

La Cour a souligné que rien dans l'histoire constitutionnelle du pays ne permet de penser que ce compromis politique exige une interprétation restrictive des garanties constitutionnelles. L'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques. Par conséquent, l'article 16 (1) de la Charte et l'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* ont pour effet de confirmer l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels.

Ce principe d'égalité réelle a une signification en ce que, notamment, les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, les obligations pour l'État. Suivant cette logique, le plein exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement.

7. *Beaulac c. La Reine*, [1999] 1 R.C.S. 768.

Dans l'affaire *Beaulac*, la Cour a d'abord constaté la justesse de l'affirmation portant que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques. Elle a ensuite affirmé que les droits linguistiques doivent, dans tous les cas, être interprétés en fonction de leur objet de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités des langues officielles au Canada. Cette affirmation influera pour plusieurs décennies sur l'interprétation des droits linguistiques partout au Canada.

Le juge Bastarache a déclaré ce qui suit :

La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent. Il est également utile de réaffirmer ici que les droits linguistiques sont un type particulier de droits, qui se distinguent des principes de justice fondamentale. Ils ont un objectif différent et une origine différentes⁸.

Les droits linguistiques doivent donc être interprétés à la lumière de l'évolution ou de la progression des mesures prises par le Parlement en vue d'assurer ou d'étendre l'égalité de statut et d'usage des deux langues officielles. Le fait de ne pas tenir compte de l'évolution de ces droits conduirait à une interprétation statique qui pourrait émousser le caractère réparateur de ces mesures et leur finalité.

Ce juste retour à l'adoption de règles d'interprétation fondées sur l'objet des droits linguistiques est porteur potentiellement de développements positifs pour les minorités de langue officielle, car il permettra aux tribunaux d'identifier un contenu et des éléments aux garanties linguistiques qui leur seront largement plus favorables.

L'affaire Beaulac préconise l'égalité réelle des deux langues officielles au Canada en imposant à l'État l'obligation de fournir les mesures législatives et administratives favorisant l'épanouissement et l'évolution des droits linguistiques constitutionnels au pays. Cette décision souligne clairement, lorsqu'il est question du choix de la langue de l'accusé, que l'accent doit être mis sur le choix de l'accusé, sans aucune exception, plutôt que sur la capacité de l'État à satisfaire ce choix.

En fait, l'affaire *Beaulac* représente un énoncé général de principes d'interprétation fondamentale des droits linguistiques au Canada. La décision de la majorité suscitera bien des débats et sans doute plusieurs contra-

8. *Id.*

dictions alors que les tribunaux canadiens de juridiction inférieure s'adapteront à une interprétation plus large et libérale des droits linguistiques.

1.3.4 L'État et la personne : David prenant la mesure de Goliath

1.3.4.1 L'aide juridique à la défense des moins nantis

Le droit criminel

Le programme d'aide juridique au Canada relève des provinces et des territoires. Il constitue un outil essentiel pour le justiciable indigent devant une cour de justice. L'avocat de common law a encore là un rôle essentiel à jouer.

Le gouvernement fédéral a la charge constitutionnelle en matière criminelle. Il subventionne donc les provinces et les territoires pour englober une partie du coût de l'aide juridique destinée aux personnes défavorisées accusées en vertu du *Code criminel* ou des lois fédérales.

Toute la problématique de l'aide juridique est au cœur même du débat portant sur la justice et le droit. Le Conseil national du bien-être social a récemment dénoncé le fait que les programmes canadiens d'aide juridique ne répondent pas aux besoins des pauvres. Pire, le Conseil a conclu que le principal problème des régimes d'aide juridique n'est pas tant le manque d'argent que la mauvaise gestion et il a suggéré d'importantes modifications afin d'assurer que les principaux bénéficiaires de l'aide juridique ne soient plus les avocats mais plutôt les Canadiens à faible revenu. Pareille constatation oblige l'avocat consciencieux à s'interroger sur sa place dans un tel contexte. En ce sens, l'avocat peut, à l'occasion, être partie du problème comme partie de la solution, et l'aide juridique en est un bel exemple.

Le droit familial

Dans un contexte de restrictions budgétaires, plusieurs provinces au Canada ont limité considérablement l'aide juridique civile. Au Nouveau-Brunswick, elle a même été abolie en 1988 et remplacée depuis ce temps par un programme extrêmement limité qui concerne uniquement les causes relatives à la violence familiale.

Tout récemment, la Cour suprême du Canada a rendu une décision fondamentale sur l'obligation de l'État de fournir de l'aide juridique aux parents en conflit avec l'État relativement à la garde de leur enfant.

Dans l'affaire *New Brunswick (Minister of Health and Community Services c. G. (J.) [J.G.]*⁹, la Cour a déterminé unanimement que la politique

provinciale refusant l'aide juridique aux parents engagés dans des demandes de tutelle par le ministre était inconstitutionnelle, car elle violait l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour a également énoncé, en appliquant le test usuel aux affaires concernant la Charte, que cette politique provinciale n'était pas épargnée par l'article premier de la Charte, car elle ne constitue pas une mesure justifiable dans une société libre et démocratique.

Cette décision est fondamentale à plusieurs égards. Quoique la Cour ait souligné ne pas faire un énoncé de droit général imposant une obligation absolue à l'État de fournir un soutien financier aux parents nécessiteux dans les cas de demande de tutelle, elle a néanmoins placé des jalons extrêmement importants en vue de réhabiliter l'aide juridique familiale pour la rendre accessible aux parents les plus vulnérables.

Par ailleurs, la décision minoritaire sur les motifs de la juge L'Heureux-Dubé risque de faire écho à l'avenir. Celle-ci a présenté le problème sous l'angle du principe égalitaire de l'article 15 de la Charte en soulignant que, normalement, les personnes les plus vulnérables dans ces situations étaient les mères de famille plutôt que les pères.

La Cour suprême du Canada a pris soin de noter la qualité et le dévouement de l'avocat de M^{me} J. G. qui avait fait ce travail *pro bono*. Il s'agit du plus bel exemple du noble rôle que joue l'avocat de common law dans la recherche de la justice dans l'exercice du droit.

L'obtention de la justice dans cette cause ne signifiait pas que la mère avait enfin la garde de ses enfants. Au contraire, le débat reste à régler sur le fond entre l'État et la mère. La justice a été atteinte dans la mesure où la province du Nouveau-Brunswick a dû fournir de l'aide financière à la mère afin de lutter à armes égales contre l'État devant une cour de justice.

Les droits linguistiques

Au Canada, l'aide juridique a pris la forme du Programme de contestation judiciaire. Ce dernier a été constitué pour la première fois par le gouvernement fédéral canadien en 1978. Son mandat a été élargi en 1982 au moment de la promulgation de la Charte et considérablement à nouveau en 1985 lors de l'entrée en vigueur de l'article 15. Il englobe maintenant les contestations en matière de droit et l'égalité garantie par les articles 15, 27 (patrimoine multiculturel) et 28 (égalité des deux sexes).

9. *New-Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. G. (J) [J.G.]*, [1999] 3 R.C.S. 46.

Ce programme a été aboli en 1992, mais il a dû être rétabli en 1994 par le gouvernement fédéral à la suite des nombreuses pressions politiques qui avaient été exercées pendant la campagne électorale de l'époque. Ledit programme permet le financement de toute cause jusqu'à l'étape du procès jusqu'à concurrence de 50 000 \$. Il a pour objet de financer toutes les contestations impliquant les droits linguistiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les contestations en matière de droit à l'égalité.

1.4 Les avocats et les juristes : le rôle de l'avocat francophone de common law

1.4.1 Les professionnels de la pratique du droit

En matière de common law, la profession juridique tend à être limitée aux seuls avocats, c'est-à-dire aux juristes qui sont membres actifs d'un barreau. En fait, dans toutes les juridictions canadiennes de common law, les organismes d'accréditation formelle que sont les barreaux disposent de moyens de coercition leur permettant de protéger jalousement l'exercice de la pratique privée du droit aux seuls membres en règle du barreau. Cependant, contrairement à son collègue québécois, l'avocat de common law exerce aussi des fonctions de notaire. En droit civil québécois, avocat et notaire sont deux fonctions complètement différentes régies par des organismes professionnels qui leur sont propres.

1.4.2 Les juristes

Les phénomènes juridiques se prêtent à la recherche selon différentes perspectives. Même si l'approche juridique normative est la plus fréquente chez les juristes en général et chez les avocats en particulier, d'autres approches s'inspirant davantage de celles qui privilégient les spécialistes des sciences sociales sont nécessaires. L'avocat et l'avocate sont des personnes d'action qui vendent leurs services et leurs habiletés à résoudre des problèmes juridiques. Ils se mettent ainsi au service d'un client et cherchent à trouver des normes juridiques qui favoriseront celui-ci.

Par ailleurs, les juristes, et en particulier les chercheurs qui ne travaillent pas pour un client, voudront sans doute obtenir une vue plus globale de l'état du droit sur une question particulière et examiner l'origine sociale des normes juridiques à l'étude, ou encore évaluer comment ces normes sont appliquées dans la pratique et déterminer leurs effets réels ou symboliques. Pour de telles recherches, une approche semblable à celle que l'on trouve dans le domaine des sciences sociales est nécessaire.

1.4.2.1 La grande famille du droit

La grande famille juridique, cependant, déborde largement les seuls membres inscrits à un ordre professionnel comme le Barreau ou la Chambre des notaires au Québec. Parmi les juristes, il faut inclure tous ceux et celles qui ont fait de leur vie l'étude et l'apprentissage du droit. En ce sens, l'avocat de common law a également comme rôle d'être à l'écoute des autres juristes dans la recherche constante de la justice. Cependant, contrairement aux autres membres de la grande famille juridique, les professionnels de la pratique du droit doivent répondre et s'assujettir à des contraintes contextuelles imposées par leurs clients et les cours devant lesquelles ils plaident. L'avocat est donc en fait sur la ligne de front. La grande famille des juristes constitue en quelque sorte l'arrière-garde qui fournit et alimente les principaux courants de réflexion juridique.

1.4.2.2 Le rôle des universitaires

Les décisions de la Cour suprême du Canada révèlent une tendance de plus en plus marquée quant à l'usage des ouvrages et des articles écrits par les universitaires. Cela découle du fait que les ouvrages universitaires contiennent des renseignements, des arguments et des opinions pertinentes concernant les décisions que doit rendre la Cour. Les avocats renvoient de plus en plus souvent à de tels ouvrages dans les arguments écrits et oraux présentés à la Cour suprême du Canada.

Cette tendance se manifeste également au sein des cours d'appel provinciales. La plus haute cour du pays reconnaît de plus en plus l'importance des ouvrages universitaires et de la théorie juridique dans le processus judiciaire de prise de décision.

Les travaux d'universitaires et les ouvrages de théorie juridique donnent une assise à la jurisprudence analytique en fournissant des systèmes conceptuels abstraits, logiques et formels. Ces travaux favorisent une stabilité et une variabilité cohérente en influant sur le contenu substantif de droits et en fournissant un fondement rationnel au processus de décision judiciaire.

1.4.2.3 La complémentarité des rôles dans la recherche de la justice

De toute évidence, le droit est une science sociale qui s'inscrit dans le contexte du développement de notre société parmi l'ensemble des autres sciences. Ses principaux artisans sont les avocats qui sont appelés à faire valoir toutes les facettes de la quête constante de la justice.

Par définition, l'idéal de la justice ne sera jamais atteint par le droit. En ce sens, le droit doit s'inscrire comme l'une des nombreuses facettes de la vie en société. La justice est une utopie pour le droit mais qui constitue cependant la condition essentielle de la valeur sociale du droit comme agent de changement. L'avocat est au cœur de cette quête ; cela est d'autant plus vrai en matière de common law vu la nature passive du rôle des cours de justice.

1.5 L'avocat et les autres professions

Que ce soit du côté de la common law ou de celui du droit civil, la modernité est caractérisée par une spécialisation très poussée des professions.

Le droit n'échappe pas à ce phénomène qui résulte d'une orientation sociale axée sur la technicité et l'explosion des moyens de communication liée au phénomène cybernétique.

1.6 L'avocat dans la société

1.6.1 La mondialisation versus la résurgence des nationalismes et le développement des peuples

L'explosion des moyens de communication découlant du phénomène cybernétique a réduit à bien des égards la communauté des nations à un village global.

Alors qu'autrefois une rivière pouvait constituer une frontière géographique à peu près infranchissable entre deux peuples, aujourd'hui la distance n'a réellement plus aucune importance. Ceci a une incidence marquée sur l'évolution du rôle de l'avocat dans la société au regard de la mondialisation des échanges de tout ordre entre nations. Curieusement, toutefois, en marge de ce phénomène, la poussée des nationalismes a contribué grandement à rappeler aux tenants de l'ordre établi dans toutes les sociétés l'importance d'éviter le dérapage pour ne pas retourner à une époque marquée par l'absence du respect du droit de la personne.

L'avocat de common law ou d'ailleurs a un rôle particulier à jouer à cet égard. Il faut s'inspirer de l'expérience vécue dans les pays totalitaires pour bien comprendre comment les avocats peuvent être autant des agents de changement social que les premières victimes de la répression étatique. L'anarchie et l'horreur ont maintenant des noms comme autant de maladies honteuses où justice et droit ne sont plus qu'un lointain souvenir : Kosovo, Rwanda, Timor...

1.6.2 L'uniformisation et l'éducation versus la pauvreté et la déchéance individuelle

L'avocat de common law, tout comme son collègue de droit civil, est le produit d'une formation universitaire poussée.

Cette observation ne constitue pas le fondement d'une affirmation erronée d'une quelconque supériorité à l'égard des membres de la communauté en général. Au contraire, il s'agit plutôt de la constatation d'une dette de société dont l'avocat doit s'acquitter avec une conscience sociale. Il doit ainsi contribuer à réduire la déchéance individuelle et la pauvreté intellectuelle tout en encourageant l'éducation continue de la société.

2 Les convergences ou les divergences du droit et de la justice : le rôle de l'avocat francophone de common law dans les préoccupations de fond

2.1 La Charte canadienne des droits et libertés : outil fondamental de changement social

La *Charte canadienne des droits et libertés* décrit le Canada comme une société libre et démocratique. C'est dans ce contexte formel que l'avocat de common law doit exercer sa profession. Il doit tenter d'influencer le cours des événements afin que dans cette société, autant que possible, droit et justice coïncident.

Cette dimension particulière de l'État canadien doit être comprise à la lumière de la vision de la Cour suprême du Canada. Dans la foulée du réalisme juridique américain, elle a voulu expliquer ce qu'il faut entendre par « société libre et démocratique », la formule qui est devenue le critère de la validité du droit canadien. Dans *La Reine c. Oakes*¹⁰, le juge Dickson écrivait ceci :

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression « société libre et démocratique ». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique lesquelles comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociale, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garanties par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit

10. *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dans la justification plus démontrée¹¹.

Pour le juriste de common law, la Charte constitue donc un outil fondamental de changement social qui sert de norme de référence chaque fois que l'État tente d'imposer sa vision des faits aux justiciables.

2.2 La marginalisation croissante de la common law en faveur d'une source nouvelle de droit : le régime statutaire

La common law constitue de façon classique une source traditionnelle du droit. Cependant, les provinces canadiennes de common law et le gouvernement fédéral ont progressivement mis en place un régime de droit statutaire qui représente maintenant une masse extrêmement imposante de source de droit.

L'intervention du législateur comme source de droit est encore davantage accentuée par le phénomène réglementaire. Une masse toujours plus considérable de règlements est promulguée en vertu de la plupart des lois votées par le Parlement ou les législatures provinciales.

La somme de toutes les sources de droit statutaire tant au regard des lois que de la réglementation est telle que, de plus en plus, la common law est touchée par ce corps de lois et de règlements continuellement en expansion.

Le seul fait de se tenir à la pointe de l'actualité du droit statutaire constitue pour l'avocat de la common law un défi constant. Pourtant, cet exercice intellectuel est essentiel à la pertinence de son action sociale. Il risque autrement d'être complètement dépassé par l'évolution continue des sources du droit auxquelles il doit régulièrement faire face.

Ce foisonnement du droit statutaire qui accompagne la common law dans son évolution perpétuelle entraîne la survenance d'un paradoxe pour le justiciable. En effet, une des postulats de l'État régi par la primauté du droit est que tous les citoyens sont présumés connaître la loi. Cela signifie de façon pratique que l'ignorance du droit n'est pas une excuse à une inconduite faisant l'objet d'une possible sanction judiciaire. Pourtant, le juriste averti reconnaîtra immédiatement l'injustice potentielle avec laquelle pourrait être aux prises le justiciable qui a entrepris une démarche en toute bonne foi sans intention malveillante et qui soudainement est appelé à rendre compte de ses actes.

La common law interdit au justiciable de plaider l'ignorance du droit pour justifier sa conduite. Cela conduira ainsi inévitablement à un résultat

11. *Ibid.*

légal au sens mais injuste au regard d'une appréciation critique du bien-fondé des intentions du contrevenant.

Dans cette jungle de lois, de règlements et de droit, l'avocat de common law a un rôle de plus en plus fondamental à jouer pour les justiciables. Il doit servir de guide aux gens qui requièrent ses services pour éviter qu'ils s'échouent sur l'écueil d'une contravention à une loi ou à un règlement. De là à dire, comme le veut le vieil adage, qu'au royaume des aveugles les borgnes sont rois, il n'y a qu'un pas que les cyniques pourront facilement franchir.

2.3 L'édification d'un régime juridique parallèle : le droit administratif

Le rôle de l'avocat de common law s'est davantage compliqué au fil des ans devant la montée et le développement du droit administratif. En effet, les différents gouvernements ont mis sur pied plusieurs régimes administratifs qui donnent désormais des recours aux justiciables devant des commissions ou des tribunaux administratifs.

2.3.1 La théorie de la déférence judiciaire

Devant cette volonté des législateurs, les cours de justice ont élaboré la théorie de la déférence judiciaire à l'égard des organismes administratifs spécialisés. Conséquemment, l'avocat de common law doit nécessairement être familiarisé avec l'échafaudage mise en place par le législateur dans différents domaines afin d'être en meilleure mesure de conseiller son client. Ce sera le cas des tribunaux du travail et des commissions des accidents du travail. Pour l'avocat, l'ignorance de ces mécanismes et de leurs modes de fonctionnement équivaut à ignorer un régime juridique parallèle tout entier.

2.3.2 La théorie des attentes légitimes

De son côté, la théorie des attentes légitimes fait reposer les conditions d'application des règles de justice naturelles élaborées par la common law ainsi que d'équité procédurale non sur la qualification de la décision administrative mais plutôt sur les conséquences qu'elle produit à l'endroit des individus administrés. Au Canada, la théorie des attentes légitimes en droit administratif a été introduite par plusieurs décisions fondamentales de la Cour suprême du Canada, notamment dans l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*¹².

12. *Nicholson c. Haldimand Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

Cette théorie a ceci de particulier en droit administratif qu'elle pose comme prémisses que le justiciable est en droit de se fier à la conséquence naturelle découlant de la décision rendue par l'organe administratif. Cette notion de certitude est au cœur de la théorie des attentes légitimes en droit administratif. Elle constitue maintenant en matière de common law une règle de plus en plus essentielle à l'intégrité de ce domaine du droit.

2.4 La complexification des causes d'action et des recours :

Malbrough s'en va-t-en guerre !

L'avocat de common law est régulièrement placé devant une des conséquences incontournables du modernisme : la complexification des causes d'action et des recours. Le phénomène cybernétique pose d'ailleurs un défi à la common law qui doit adapter ses principes de base fondamentaux à l'univers virtuel qui devient de plus en plus la réalité quotidienne. La common law n'est pas un régime de droit codifié. Son expansion est toujours fonction de l'évolution de la société généralement et des moyens de communication et d'échange entre les communautés. Le rôle de l'avocat de common law dans un tel contexte consiste à s'adapter constamment.

2.5 La spécialisation des avocats et la recherche des solutions

L'avocat francophone de common law est, tout comme ses collègues anglophones, continuellement aux prises avec une société de plus en plus tournée vers le développement technologique et qui a des besoins toujours plus précis concernant les services juridiques. Il s'agit alors de faire un choix entre une pratique générale ou une pratique spécialisée. C'est un choix plus facile dans les grands cabinets que dans les petits bureaux d'avocats qui, pour la plupart, ont besoin davantage d'une base plus large de clientèle. Cependant, le phénomène des fusions des grands cabinets conduit à une réalité juridique où l'avenir sera caractérisé par de très grands cabinets, d'une part, et de petits bureaux spécialisés, d'autre part.

2.6 Le phénomène nouveau du droit préventif

2.6.1 Un phénomène nouveau

Les visionnaires au sein de la profession juridique favorisent l'action préventive plutôt que l'action réparatrice.

Les avocats doivent donc prêter plus d'attention à la rédaction d'actes contractuels ou testamentaires afin d'éviter à leurs clients des poursuites éventuelles.

Par ailleurs, l'avocat devrait, dans cette vision, accorder une grande importance aux conseils juridiques judicieux et à la négociation des différends plutôt qu'aux poursuites judiciaires. Dans le contexte du droit préventif, ce sont le droit commercial et le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit des valeurs mobilières, le droit immobilier et la planification successorale qui prendront la vedette.

2.7 Des mécanismes différents de règlement des conflits

La perspective judiciaire traditionnelle considère que le processus judiciaire constitue la seule résolution valable d'un conflit. Cette approche curatrice cède le pas graduellement à une approche préventive.

En fait, l'adjudication ne constitue qu'un des moyens utilisés en vue de régler des disputes. Les cours de justice n'ont plus maintenant le monopole de l'adjudication. D'autres institutions dans notre société, comme les tribunaux administratifs, agissent également en ce sens.

Nous assistons en fait à l'introduction systématique de mécanismes différents de résolution des conflits dans tous les régimes de common law au Canada. Ces mécanismes sont la conséquence de l'explosion des poursuites judiciaires sur le continent nord-américain. La recherche de moyens plus flexibles a conduit à la mise au point systématique de mécanismes différents de résolution des conflits.

Cette recherche permet de concevoir une approche consensuelle de résolution des conflits plus accessible et plus orientée vers la communauté, tout en étant moins coûteuse et plus efficace.

3 La convergence ou la divergence du droit et de la justice : le rôle de l'avocat francophone de common law relativement aux questions de forme

3.1 L'escalade du coût de la justice

Le phénomène des mécanismes différents de résolution des conflits résulte de la constatation d'une trilogie de carences systémiques du processus judiciaire :

- 1) le coût ;
- 2) le processus lui-même ; et
- 3) le résultat.

Le coût associé au processus judiciaire constitue les frais que doivent supporter les parties et la société de façon générale à l'égard de la transac-

tion résultant d'une résolution judiciaire ou y ayant recours. Plusieurs raisons expliquent dans quelle mesure le coût associé au processus judiciaire est tellement élevé.

D'abord, le processus judiciaire est contradictoire et extrêmement concurrentiel. Les justiciables sont encouragés à exagérer leur réclamation. La recherche de la vérité dans cette structure formaliste entraîne un coût très élevé, car les parties commencent leurs tractations à partir de positions extravagantes. De plus, le processus valorise les droits individuels et érige en idéal un système rigoureux de vérification des faits, de crédibilité des témoins et d'établissement de la preuve. Ce système est susceptible de subir de nombreux délais, car sa plus grande caractéristique est son caractère méticuleux plutôt que son efficacité.

La conséquence immédiate du caractère onéreux du processus judiciaire est de punir certaines couches de la société, un peu de la manière qu'il est dit que les taxes de vente ont un effet régressif. Ainsi, le coût afférent au litige exclut les justiciables qui ne peuvent financer des services juridiques. De même, les entreprises qui n'ont pas les ressources voulues pour financer un litige coûteux doivent nécessairement considérer que l'accessibilité à une cour de justice leur est tout simplement refusée. Les mécanismes différents de résolution des conflits ont donc trouvé beaucoup d'appui dans les disputes commerciales et familiales, là où les parties sont tout particulièrement sensibles à la question du coût entourant la résolution des litiges.

3.2 Le processus

Par ailleurs, si le processus judiciaire a pour objet ultimement la détermination des faits, il faut d'abord établir qui a le droit d'introduire une instance ou d'y participer. Le système judiciaire a la particularité de n'accorder le droit de participation qu'à ceux qui ont un intérêt relativement direct dans la question en litige. Cet intérêt, normalement, est de nature financière ou à titre de propriétaire.

Par exemple, la common law a toujours eu beaucoup de difficulté à reconnaître aux parents d'une personne blessée un droit d'action ou de participation sur le motif qu'ils n'ont pas un intérêt à poursuivre ni à être entendus.

D'autre part, le processus judiciaire a un effet désincarnant sur les participants. Leur participation est indirecte. Non seulement les parties ne parlent pas pour elles-mêmes, car cela est fait par des professionnels engagés pour agir, mais en plus elles ne se parlent pas. Au contraire, elles doivent s'adresser à un tiers par rapport à leur conflit, dont le rôle est de

prendre une décision. La possibilité de créer une ambiance favorisant une résolution amicale d'un litige par un échange cordial lors d'une rencontre face à face est éliminée. Elle cède le pas à une mise en scène élaborée sur les planches auxquelles n'ont accès que des professionnels de la scène. Les parties deviennent des participants passifs dans un scénario où la stratégie est déterminée par des professionnels entraînés à valoriser la compétition et la confrontation. Bien souvent, le résultat net de l'exercice pour les usagers du système est un sentiment de frustration et d'aliénation.

Le processus judiciaire est extrêmement stratifié et hiérarchisé, du moins c'est l'impression qu'auront quelques-uns. L'ordre de préséance est déterminé d'avance et le justiciable est tout au bas de l'échelle. Une fois qu'un conflit a été acheminé en cour, les parties n'ont que peu ou pas de contrôle sur le résultat ultime. La population visée par le système est essentiellement engouffrée dans un processus géré par une élite professionnelle et présenté devant un arbitre impartial et déconnecté de la réalité des participants. En ce sens, le processus judiciaire a comme conséquence ultime l'éradication du caractère grégaire de la personne qui y est en cause et la valorisation de l'instinct primaire de survie.

Enfin, le processus judiciaire n'arrive pas, la plupart du temps, à satisfaire les besoins des parties et, conséquemment, de la société tout entière. Un jugement en faveur des intérêts d'une partie est nécessairement contre les intérêts de l'autre. Conséquemment, le résultat tend donc à avoir un effet disjonctif et aliénant sur les parties.

Le processus judiciaire offre enfin des recours limités. La partie gagnante a droit à des dommages-intérêts ou à un remède injonctif. C'est un choix limité. L'absence d'un éventail de solutions judiciaires à un problème empêche la survenance de solutions créatives et innovatrices.

Les parties sont alors forcées de réclamer des dommages monétaires comme indemnités relativement à un préjudice. L'effet de désincarnation du processus est donc davantage accentué dans le cas où une personne tenterait d'obtenir une solution judiciaire à des blessures personnelles. Le mécanisme exige qu'elle attribue une valeur monétaire et mercantile à ses blessures. Toute négociation pendant le processus se fait sous l'ombre de la cour et les parties tentent de reproduire en négociation ce qu'elles espèrent gagner au procès.

3.3 Le résultat juridique et le rôle des avocats : une responsabilité sociale

Par ailleurs, le processus judiciaire ne produit pas nécessairement un résultat aussi certain que le laisse entendre la théorie de la common law.

Cette théorie veut que les décisions judiciaires découlent de principes préétablis à l'égard de faits déterminés objectivement. Cependant, la pratique elle-même tend à créer de sérieux problèmes pour les parties.

D'abord, il y a rarement entente entre les professionnels du système sur l'application d'un principe particulier. Le juge qui doit rendre une décision est invité à adopter un principe plutôt qu'un autre. Le juge n'est jamais invité à accepter la validité des thèses des parties et à tenter une réconciliation entre des principes apparemment irréconciliables. Les faits sont déterminés au terme d'un exercice dont le résultat peut conduire à la conclusion de faits qui ont peu ou rien à voir avec ce qui s'est réellement passé. De plus, il faut souligner que le juge est tout de même une personne. Son expérience personnelle et professionnelle a inéluctablement une incidence sur le résultat.

Tout cela dit, le processus judiciaire ne doit pas être condamné comme n'étant rien d'autre qu'un mécanisme purement dysfonctionnel qui doit maintenant être écarté. Il s'agit, au contraire, de reconnaître ses faiblesses en vue de permettre l'établissement d'un climat favorable à la mise en place de mécanismes alternatifs de résolution des conflits.

La valorisation de l'usage d'un mécanisme autre de résolution des conflits est ancrée dans une réalité partagée par plusieurs acteurs. Par exemple, dans un conflit commercial, les parties peuvent désirer une résolution ponctuelle du conflit tout en maintenant leur relation de travail afin qu'elles puissent continuer de transiger. Le processus étant foncièrement contradictoire, les adversaires pourraient vouloir la médiation ou l'arbitrage plutôt que l'adjudication formelle de ce conflit. C'est également vrai dans les relations industrielles où employeurs et syndicats prévoient la résolution des disputes qui peuvent survenir de temps à autre pendant la durée de leur contrat de travail par arbitrage. Les législateurs au Canada ont imposé, de toute façon, un tel mécanisme de résolution des disputes industrielles. Les lois sur les relations industrielles prévoient généralement que, en l'absence d'une telle disposition, une convention collective sera présumée disposer que tout conflit de travail pendant la durée du contrat sera résolu par arbitrage.

Par ailleurs, le droit familial se prête admirablement bien aux solutions de rechange au processus judiciaire, surtout dans les cas impliquant la garde d'enfant. Il est difficile d'imaginer pire pour un couple en instance de rupture que d'être tenu de s'astreindre à un processus qui valorise à la fois la confrontation et la lenteur du déroulement de la procédure conduisant à la résolution ultime du conflit. La plupart des lois sur les services à la famille canadiennes prévoient maintenant l'intervention d'un médiateur dans les cas d'éclatement sans violence de la famille.

Enfin, le législateur a prévu la fonction de médiateur des loyers en vertu des lois sur les locaux d'habitation pour fournir un mécanisme efficace de résolution des disputes entre propriétaires et locataires.

Force est de reconnaître que l'héritage de la common law peut être tout simplement aliénant et étrange pour différents groupes sociaux. Ainsi, la justice autochtone favorise largement la résolution des conflits par un conseil de sages. Le même système de justice autochtone valorise l'ostracisme du groupe plus que l'emprisonnement comme punition d'une conduite inacceptable.

Des avocats de common law comme groupes homogènes sont responsables de l'échec relatif du système traditionnel de résolution des litiges.

L'attitude de la communauté juridique témoigne d'une vision monolithique de la résolution des conflits incompatible avec le modernisme social. Pourquoi ? À ce sujet, la professeure Mary E. Hatherly déclarait ce qui suit dans « The Chilling Effect of Section 96 on Dispute Resolution¹³ » :

It is perhaps inevitable that lawyers should regard court as the principal forum of dispute resolution. Confidence in the superiority of judicial techniques of dispute settlement is a dominant theme of Anglo-Canadian legal ideology. Indeed, so persuasive is the influence of the adversarial model, characterised by the application of principle to conflicting rights in accordance with established jurisdictional and evidentiary rules, that mechanisms such as conciliation and arbitration are often analysed not as genuine alternatives to judicial decision-making but rather as secondary, specialised solutions to problems arising in particularised legal relationships¹⁴.

3.4 Les honoraires professionnels : la pratique du droit et la vente de services

Le défi pour les gens de la pratique privée du droit à l'aube du nouveau millénaire relativement à la vente de leurs services professionnels porte sur la mise en marché de leurs services. Traditionnellement, l'avocat de common law ne reçoit pas une formation en marketing au cours de sa formation universitaire. Il est souvent mal outillé pour vendre ses services professionnels. De plus, les différents barreaux au Canada composent encore avec la nouvelle réalité de la publicité. Malgré que cela soit possible, l'avocat de common law doit encore apprendre comment mettre en valeur ses services professionnels et procéder à leur mise en marché. De plus, les clients sont maintenant mieux renseignés et éduqués. Les notes

13. M.E. HATHERLY, « The Chilling Effect of Section 96 on Dispute Resolution », (1988) 37 *R.D.U.N.-B.* 121.

14. *Ibid.*

d'honoraires professionnels produites par l'avocat peuvent faire l'objet de discussions et à l'occasion peuvent être la source de conflits avec son client. Il est donc important de justifier les notes d'honoraires expédiées aux clients. Cela rejoint dans une certaine mesure le rôle d'éducateur que l'avocat de common law doit jouer auprès de sa clientèle.

3.5 L'univers cybernétique et le droit

3.5.1 La démocratisation de l'information juridique

Le phénomène informatique a eu une influence majeure dans la pratique du droit pour l'avocat de common law. L'accessibilité accrue à une information juridique à grande échelle par Internet et par des banques de recherches informatiques comme Quick Law et d'autres a augmenté de façon considérable son efficacité potentielle. L'incidence du phénomène informatique sur la pratique du droit est toujours en pleine évolution et ne pourra être mesurée que dans une autre génération. Indéniablement, cependant, l'effet de l'univers cybernétique sur la pratique du droit est tel que l'avenir sera caractérisé sans aucun doute par l'élimination graduelle de la documentation imprimée sur papier et par des actes de procédure judiciaire à distance.

3.5.2 L'uniformisation croissante des résultats

Une des conséquences inévitables de la démocratisation de l'information juridique réside dans l'uniformisation croissante des résultats. L'échange d'information juridique dans les régimes de common law au Canada contribue grandement à uniformiser les résultats. Cela impose donc à l'avocat de common law l'impérieuse nécessité d'être toujours au fait de l'évolution des différents domaines de la pratique du droit un peu partout au pays.

3.5.3 La transmission électronique de documents

De plus en plus, le phénomène informatique permet des communications instantanées sur de grandes distances. Il facilite également la mise en place de moyens et de mécanismes de transmission électronique de documents. L'avenir réserve à la pratique du droit la possibilité de déposer des actes de procédure par transmission électronique de documents. Il s'agit là de la conséquence inéluctable de la sophistication extrême des moyens de communication. L'avocat de common law, dans un tel contexte, devra être à la fois un maître du droit et de l'ordinateur. La pratique du droit lui sera à peu près impossible à moins de maîtriser l'univers cybernétique.

3.6 La complexité des actes de procédure et l'avocat

Le foisonnement des mécanismes de résolution des conflits en ce qui concerne la common law et le droit administratif est tel que, pour l'avocat de common law, l'encadrement de tous ces mécanismes par des règles de procédure et de pratique est essentielle. En fait, l'usage des règles de pratique et des formulaires ne constitue pas la cause du problème de la complexité des actes de procédures mais plutôt une partie de la solution à ce problème. Dans le cas contraire, l'absence de règles entraînerait inévitablement une incertitude et, la plupart du temps, l'échec d'une démarche judiciaire.

4 Quand demain viendra : des perspectives d'avenir

4.1 La mondialisation des marchés

Le phénomène de la mondialisation des marchés a un effet sur le développement de la pratique du droit en matière de common law. Pour l'avocat francophone dans ce système de droit, le défi posé est un défi d'adaptation constante et d'évolution. Constater le phénomène de la mondialisation des marchés, c'est aussi admettre l'impérieuse obligation pour l'avocat de common law de s'ouvrir au monde et de se sensibiliser davantage aux autres régimes juridiques.

4.2 L'influence accrue des cabinets comptables

Au cours des dernières décennies, les grands cabinets comptables ont commencé à offrir des services juridiques. Cette incursion dans la pratique du droit résulte d'une démarche énergique et dynamique de ces autres professionnels qui ont bien compris l'importance de la multidisciplinarité et de la diversité. L'avocat de common law doit apprendre à composer avec cette réalité moderne. Il doit également envisager des solutions variées afin de reprendre à la profession comptable le terrain perdu.

Conclusion

Il y aura toujours un écart entre le droit et la justice malgré que l'évolution du droit entraîne progressivement davantage de justice.

Le droit sera sans cesse à la remorque de l'évolution sociale. La justice comme idéal pour le droit restera une utopie que devront cependant partager toutes les sociétés libres et démocratiques soucieuses de maintenir un idéal de vie en commun auquel pourront aspirer les générations futures. Cela est vrai tant au Canada que partout ailleurs. Droit et justice ne sont

pas synonymes. Il est d'ailleurs possible de tirer de l'expérience récente de notre vie en société des exemples frappants de cette asymétrie.

Ainsi, le droit interdit la possession de stupéfiants au Canada. Cependant, d'un point de vue médical, la science a récemment fait la démonstration que l'usage de cannabis peut être une source de grand réconfort pour plusieurs personnes affectées de maladies chroniques souffrantes. Ne serait-il pas juste de leur permettre l'usage d'un stupéfiant qui est pourtant maintenant interdit au regard du droit pénal canadien ?

Par ailleurs, l'affaire *Latimer*¹⁵ en Cour suprême du Canada impliquait des questions qui allaient à l'essence même de ce qui constitue nos valeurs les plus fondamentales : le droit à la vie et le droit à l'euthanasie. Le père commettait un acte criminel en tuant sa fille lourdement handicapée. Ce débat déchire littéralement la société canadienne entre les tenants du droit à la vie et les tenants du droit à l'euthanasie.

De même, un député néo-démocrate fédéral bien connu sur la scène nationale, Sven Robinson, a été tout récemment impliqué dans un cas de suicide assisté en Colombie-Britannique. A-t-il commis un crime au regard du Code pénal canadien ? Ou, au contraire, sa conduite doit-elle être encouragée comme permettant une fin ultimement juste pour la personne qui s'est suicidée au terme d'une vie marquée de souffrances quotidiennes innommables ?

Nous entrons déjà de plain-pied dans les grands débats sur le contrôle des techniques de reproduction et de clonage et le sujet controversé de la bioéthique et du droit. La frontière entre le droit et la justice ou l'injustice devient de plus en plus floue dans une société qui s'est donné des moyens techniques qui, à un siècle passé, tenaient de la pure science-fiction.

L'avocat de common law aura un rôle à jouer à l'avenir, tout comme il l'a fait jusqu'à récemment dans notre société. Le rôle qu'il assumera pour favoriser une convergence accrue entre droit et justice dépendra entièrement de la place qu'il pourra se faire dans la société de demain comme agent de changement social, mais paradoxalement, toujours dans le contexte de l'ordre établi. L'avocat de common law devra toujours être à la fine pointe de l'évolution sociale.

15. *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217 ; *R. c. Latimer*, J.E. 2001-237 (C.S. C.).